

登記と外觀理論--最高裁判例を中心として

著者	鈴木 重信
著者別名	S. Suzuki
雑誌名	東洋法学
巻	13
号	3・4
ページ	33-60
発行年	1970-03
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00006116/

登記と外觀理論——最高裁判例を中心として——

鈴木重信

はし が き

一 判例にあらわれた登記と外觀理論

(一) 民法九四条二項の類推適用によるもの

(二) 民法九四条二項、一一〇条の法意によるもの

(三) 取引の安全保障を理由とするもの

(四) その他

二 判例の検討

三 今後の問題

は し が き

甲が債権者の強制執行を免れるため所有権移転登記を経由してその所有の不動産を乙名義にし、あるいは、甲がそ

の所有の不動産を乙に譲渡する意思がないのかかわらず、家庭内の事情から乙の承諾も得ないで所有権移転登記を経由して乙名義にしている例は少なくない。このような場合に、第三者丙が登記の外形に信頼をおき、乙を所有者と信じて乙から不動産の所有権を取得したり、あるいは、丙のために不動産に抵当権を設定するときは、丙は保護を受けられるか。右に掲げた甲乙間の所有権移転行為は通謀虚偽表示であり、あるいは甲の単独の心理留保類似行為である。しかし、甲乙間、あるいは甲には、乙の登記名義を借用する合意ないし意思があるにすぎず、登記原因たる所有権移転原因についてまで甲乙間の合意、ないし甲の意思の内容が認定され得ないことが多い。したがって、甲は乙の承諾を得て乙の登記名義を借用した者であるか、あるいは甲は乙の承諾を得ないで乙の登記名義を借用した者であるところ、登記が有効となるためには、実体的有効要件および手続的有効要件の両方を充す必要があるといわれる。

実体的有効要件とはいってもなく登記の記載に符合した実体法上の権利関係が存在することを要するという意味である。そうとすれば、右の例においては、甲乙間の所有権移転行為は、民法九四条一項により、あるいは乙の意思で全く欠くことにより、いずれにしても無効である。ただ民法九四条二項はその無効をもって善意の第三者に対抗することができないといっているのである。かくしては、右登記はいずれも実体的有効要件を欠くとの理由で無効となり、登記に信頼をおいて取引をした丙は保護されないという結果になる。しかし、登記はそもそも不動産に関しその権利関係を公示し、取引関係に入ろうとする第三者にその取引に関する一定事項を公示し、その内容を明らかにして、第三者をして不測の損害を被ることのないようにし、取引の安全と敏活を守ろうとする制度である。したがって、この制度の目的をなるべく完全に達成するためには、不動産に関する法律行為の効力発生のためにその登記を要件とし、

登記官吏に登記に関する実体的審査権を与え、これによって登記が実体関係に符合することを手続的に保証させたい、登記に公信力を与えるのが最上であろう。しかし、それは立法論の問題であり、以下に試みようとする現行法の解釈論の領域の問題ではない。現行法の解釈においても、登記制度の右のような目的に照らし、登記を本来の目的以外に悪用し、あるいは悪用とまではいい得ないとしても、第三者を欺すような目的に利用する者に対しては、そのなされた登記の外形から登記制度の本質上当然と考えられる責任を負わしめ、登記に信頼をおき取引をした第三者の利益を保護する必要があると考える。このことは何も登記に限られるわけではないが、登記が不動産取引に占める重要性に鑑み、他の場合におけるとき以上に強調されなければならないと思う。

一 判例にあらわれた登記と外觀理論

不動産取引における第三者保護のため、登記に対する信頼性が強調されるに至ったのは、先ず民法九四条二項の類推適用ということからはじまった。そこで、先ずこれに属する判例を拾ってみよう。

(一) 民法九四条二項の類推適用

(1) 最高昭和二九・八・二〇第二小法廷判決、民集八卷八号一五〇五頁

本事件の概要は、訴外BはX(原告・控訴人・被上告人)の嫡養子で、昭和一五年頃からY₁(被告・被控訴人・上告人)と妾関係を結び、毎月五〇円宛の仕送りをしていたが、昭和二〇年頃Y₁から商売をするため本件家屋を買ってくれと頼

まれ、養子で現金が自由にならないところから、これをXに告げ、その同意を得て、Xにおいて金を出して右家屋を買い受けたうえ Y_1 に使用させることとし、BはXから一三、五〇〇円を受け取り、これを Y_1 に渡し、 Y_1 において本件家屋の所有者訴外Aに右代金を支払ってXのため本件家屋を買い受けたうえ、訴外Bと協議して便宜 Y_1 名義に所有権取得登記をしたのであって、Xが本件家屋の真の買受人であり、 Y_1 はXから無償で右家屋を借り受け、商売に使用させてもらっている関係にある。ところが、 Y_1 は Y_2 （被告・被控訴人・上告人）に本件家屋を売り渡す契約をし、昭和二四年七月一六日付をもって Y_1 から Y_2 に所有権移転登記が経由された。以上のような事実関係に基づき、Xは、 Y_1 に対し本件家屋につきXへの所有権移転登記手続をなすべきこと、 Y_2 に対し本件家屋につき昭和二四年七月一六日付をもってなされた前記所有権移転登記の抹消登記手続をなすべきことを求める。

第一審裁判所はXの請求をすべて棄却したが、第二審裁判所は、右事実関係を認定したうえ、「Xは登記をしていないからその所有権をもって第三者である Y_2 に対抗し得ない」との Y_2 の抗弁については、 Y_2 が本件家屋の所有権取得登記を得た事情は前記事実関係のとおりであって、民法一七七条にいわゆる登記の欠缺を主張する正当な利益を有する第三者ではないから該抗弁は理由がないと判断し、第一審判決を取り消し、Xの請求をすべて認容した。

右第二審判決に対し Y_1 Y_2 は上告し、その上告理由として、原判決はXにおいて Y_2 に対し Y_1 の無権利を対抗しうべき理由の説示を欠き、理由不備の違法がある等と主張した。これに対し、最高裁は、「本件家屋を買受人でない Y_1 名義に所有権移転登記したことが、Xの意思にもとづくものならば、実質においては、Xが訴外Aから一旦所有権移転登記を受けた後、所有権移転の意思がないに拘らず、 Y_1 と通謀して虚偽仮装の所有権移転登記をした場合と何等えらぶ

ところがないわけであるから、民法九四条二項を類推し、XはY₁が実体上所有権を取得しなかったことを以て善意の第三者に対抗し得ないものと解するのを相当とする。されば、原審がY₁名義に所有権移転登記を受けるにつき、Y₁とB間に協議のあった事実を確定したに止まり、Xがこれに承認を与えたかどうか及びY₂の善意悪意につき何等事実を確定することなく、たやすくY₂に対するXの本訴請求を認容したのは、審理をつくさない違法があるものといわなければならない。」と判示し、原判決を破棄し差戻した。

(2) 最高昭和三七・九・一四第二小法廷判決、民集一六卷九号一九三五頁

本事件の概要は、X（原告・控訴人・被上告人）は、訴外某産業組合の役員をしていたが、同産業組合の所有建物の敷地が狭いため、隣地の訴外A所有の本件土地を買い受けることを希望していたが、一時Xにおいて本件土地を買い受けておくこととし、Xは姉の夫である司法書士の訴外Bに右買受の交渉をまかせ、昭和九年六月上旬頃BがXの代理人となってAとの間に本件土地の売買契約を締結し、Xは代金四〇〇〇円をBに交付し、BはそれをAに支払った。しかるに、Aが同月一四日頃急死したため、右売買について紛争が生じ、任意に所有権移転登記手続のなされることを期待することができなくなった。そこで、Xは、Bから右売買の売渡証書を取りよせてみたところ、買受人をB名義にしてあったので、その不法を責めるとともに、訴訟費用はXが支出することとし、B名義でAの家督相続人A'を被告として、所有権移転登記手続請求の訴を提起させ、その結果昭和十一年四月三〇日B勝訴の判決があり、同判決は確定した。Bは同判決に基づき昭和十一年六月一九日自己に対する所有権移転登記を経由した。そして、Xから屢

々要求があつたにもかかわらず、Xに対する所有権移転登記手続をしなかった。ところで、訴外某産業組合はその後本件土地を買い受けることを希望しなくなり、Xは、本件土地を昭和十二年五月中訴外Cに賃貸した。Cは本件土地に建物建て、これをY₀（被告・被控訴人・上诉人）に譲渡した。CおよびY₀はそれぞれ本件土地の貸料をXに支払っていた。Bは昭和十九年九月二十五日死亡し、Y₁（被告・被控訴人・上诉人）が家督相続をして本件土地の所有権を取得したとして、昭和二十七年三月二二日Y₁は家督相続による所有権移転登記を経由し、同日Y₂（被告・被控訴人・上诉人）に売買による所有権移転登記、更にY₂から同月二五日付をもつてにY₃（被告・被控訴人・上诉人）に売買による所有権移転登記を各經由した。

以上の事実関係に基づき、原審は、本件土地を買い受けたのはBではなく、XがBを代理人として買い受け、その所有権を取得したものであるとし、「Y₁らは、Bが原告となつてA'を被告として右土地の所有権移転登記手続請求の訴を提起し、原告勝訴の確定判決を受けたのは、右土地の譲渡を仮装したXとBとの間の合意に基づくものであり、右合意は両者が通謀してなした虚偽の意思表示であるから、Xはその無効をもつて善意の第三者であるY₂Y₃に対抗し得ないと主張するけれども、前記認定のところからすると、XとBとの間の合意は単にAとの間の売渡証書がB宛となつていたところから、XがBに対して原告となつて訴を提起することを依頼しBにおいてこれを承諾したにとどまるものであつて、本件弁論に現われた全立証を検討してみてもXがBに訴を提起させるために本件土地の譲渡を仮装したことを認めるに足りる何ら適切な資料も得られないから、右Bに訴を提起させる合意の無効が善意の第三者に対抗しえないとしても、これによつてY₂およびY₃が本件土地の所有権を取得すべき理由がない。しかば、本件土地が

Xの所有であることの確認並にYらに対し前記のとおり所有権移転登記の抹消登記手続乃至所有権移転登記手続の履行を求めるXの本訴請求は理由があるから、右請求を棄却した原判決は民事訴訟法第三八六条に則りこれを取消した上右請求を認容すべき」であるとした。

右第二審判決に対し、 $Y_1Y_2Y_3$ は上告し、上告理由として、 $Y_1Y_2Y_3$ が原審で主張した抗弁を排斥した原審の判断は前記(1)の最高裁判例の趣旨に違反すると主張した。これに対し、最高裁は、「Aの家督相続人A'より上告人 Y_1 の先代Bに対する本件土地の所有権移転登記は、前記のような事情により、XがB名義で出訴せしめたる上確定判決に基づいて同人名義で所有権移転登記をすることを許したものであるから、それはひつきようXの意思に基づきB名義に所有権移転登記をなさしめたものであって実質的にはあたかもXが、Bと通謀して同人名義に虚偽仮装の所有権移転登記をなした場合とえらぶところはなく、民法九四条二項の法意に照し、XはBが本件土地の所有権を取得しなかったことをもって善意の第三者に対抗しえないと解するのが相当である。しかるに、原判決は、 Y_2 及び Y_3 が右にいわゆる善意の第三者に該るか否かを審理判断することなく、XがBに前記訴を提起させるため本件土地の譲渡を仮装した事実は証拠上認められないとの理由により、たやすく前示Yらの抗弁を排斥し、Xの本訴請求を認容しているのであって、原判決には法令の解釈適用を誤りひいては審理不尽、理由不備の違法がある。(河村、山田両裁判官の少数意見省略)」と判示し、原判決を破棄し差戻した。

(3) 最高昭和四一・三・一八第二小法廷判決、民集二〇卷三号四五一頁

本件事実の概要は、X（原告・被控訴人・上告人）は、本件家屋を建築したが、その建築資金の一部を住宅金融公庫から融資を得る目算であったところ、Xが他に住宅を所有していたため右融資を受けることができなくなったので、もとX方ででつち奉公をして働いたことのあるAに頼み、同人の妻Y₁（被告・控訴人）の名義を借りることとし、Y₁の名義をもって住宅金融公庫から融資を受け、そのため本件家屋につき昭和二十八年一月二十八日Y₁名義で所有権保存登記をし、住宅金融公庫のため抵当権設定登記をした。Xは、昭和二十八年一月から孫のBをして本件家屋で食堂を経営させるとともにY₁名義をもって右融資金に対し毎月約五五〇〇円内外の償還にあたらせ、昭和二十七年九月二十九日までに融資金の償還を完済した。ところが、本件家屋はXからAに贈与され、更にAからY₁に贈与されたものであるが、Y₁は右家屋をY₂（被告・控訴人）に売り渡し、そのため、昭和三十一年一月二十八日付をもってY₁からY₂への売買予約による所有権移転請求権保全の仮登記、ついで同年三月七日付をもって所有権移転の本登記、更にY₂は右家屋をY₃（被告・控訴人・被上告人）に売り渡し、同月一六日付をもってY₂からY₃への売買による所有権移転登記が各経由された。そこで、XはY₁Y₂Y₃を相手に各登記の抹消を求める。

第一審は、Xの請求を認容し、Y₁Y₂Y₃に対し各登記の抹消を命じた。第二審（原審）は、Y₁Y₂の控訴につき、本件家屋はXの所有であって、Y₁が所有したことはないから、Y₁および同人から本件家屋の権利を取得したY₂は、Xに対し本件家屋について經由された前記各登記の抹消登記手続をする義務があると判断し、Y₁Y₂の控訴を棄却したが、Y₃の控訴につき、「仮に本件家屋はX主張の如くXがY₁の名義を借りて建築したものとすれば右は両者の通謀による偽虚表示といふべく、しかも昭和二十八年一月二十六日Y₁名義に所有権保存登記が經由され、その後Y₁からY₂に、次いで右

偽虚表示の事実を知らずにY₂が転買したものであるからXはY₂に対し虚偽表示による無効を前提とする本訴請求をなし得ないものというべきである。」とのY₂の仮定抗弁を採用し、本件は「いったんX名義に所有権保存登記をしたうえで所有権移転の真意がないのにY₁と通謀してY₁名義に虚偽の所有権移転登記を経由した場合とならえらぶところがなく、かような場合は民法九四条二項を類推し、Y₁が真実所有権を有しなかったことをもって善意の第三者に対抗し得ないものと解するのが相当である。」と判示し、XのY₂に対する請求は理由がないとし、第一審判決中Y₂に関する部分を取り消し、XのY₂に対する請求を棄却した。

右第二審判決に対しXは上告し、その上告理由として、本件においては、Xが本件家屋をX名義に所有権保存登記をしたという表示行為も、XからY₂に所有権を移転したという表示行為も、また右所有権移転登記をしたという表示行為も全く存在しないから、民法九四条二項を適用する余地がないのに、右表示行為があったように擬制して、右法条を適用したのは、同法条の解釈適用を誤った違法があると主張した。これに対し、最高裁は、「未登記の建物の所有者が、他人に右建物の所有権を移転する意思がないのに、右他人の承諾を得た上、右建物について右他人名義の所有権保存登記を経由したときは、実質において、右建物の所有権が、一旦自己名義の所有権保存登記を経由した後、所有権移転の意思がないのに、右他人と通謀して所有権を移転したかのような虚偽仮装の行為をし、これに基づいて虚偽仮装の所有権移転登記を経由した場合となら異ならないから、民法九四条二項を類推適用して、右建物の所有権は、右他人が実体上右建物の所有権を取得しなかったことをもって善意の第三者に対抗することができないものと解するのが相当である。これを本件についてみるに、原判決の認定したところによれば、Xは、本件建物を新築して、

その所有権を取得したものであるが、右新築にあたつて、Y₁の名義を借りて、住宅金融公庫から建築費用の融資を受けた關係上、右Y₁の了承を得た上、本件建物について右Y₁名義の所有権保存登記を経由したものであり、Y₃は、本件建物を、Y₁から買いうけたY₂から、さらに買いうけたものであつて、右Y₁が無権利者であつたことを知らなかつた善意の第三者である、というのである。されば、民法九四条二項を類推適用して、Xは、右Y₁が本件建物について所有権を取得しなかつたことをもつて、Y₃に対抗することができない、とした原判決の判断は、正当である。」と判示し、Xの上告を棄却した。

しかし、登記に対する信頼性の強調は、民法九四条二項の準用ないし類推適用だけではまかないきれない事例がでるに至つた。これは右(1)(2)(3)の判例の見解の發展というべきものである。次の判例がこれにあたる。

(二) 民法九四条二項、一一〇条の法意によるもの

(4) 最高昭和四三・一〇・一七第一小法廷判決、民集二二卷一〇号二一八八頁

この事件の概要は、本件第一(う)ち(一)は宅地、(二)は建物、第二(う)ち(一)は宅地、(二)は建物)の不動産はX(原告・被控訴人・被上告人)の所有であるが、Xは昭和三〇年一月一日訴外会社の代表取締役の訴外Aから個人名義の財産をもつていないと取引先の信用を得られないから、第一、第二の不動産の所有名義だけでも貸してほしいと頼まれ、右不動産につき所有権移転請求権保全の仮登記をすることだけについて承諾し、仮登記手続をする便宜上、売買予約を結んだように仮装し、この売買予約を原因として、同年同月一八日右仮登記を経由した。ところが、Aは昭和三十一年六

月一日「宮本」(Xの姓)と刻んだ有合せの印章を使用し、市役所にXの印鑑届を提出したうえ、印鑑証明書の下附を受け、かつ第一、第二の不動産の所有権移転の本登記申請書を偽造し、同年七月五日第一、第二の不動産につき仮登記の本登記の申請をし、本登記を経由した。しかし、AはXに対し、右売買予約完結の意思表示をしたことなく、また、右同日XはAとの間に第一、第二の不動産につき売買契約を締結したこともない。したがって、右所有権移転登記は無効である。そして、右所有権移転登記後に、昭和三年九月七日Aから訴外Bへ、同三年一月四日BからY₁(被告・控訴人・上告人)へ、更に、第一の不動産については、昭和三年三月十五日Y₂(被告・控訴人・上告人)へ各所有権移転登記が順次なされており、Y₂は同月二五日頃から第一の不動産の(三)の建物に居住して、これを占有し、Y₂は第一の不動産につきXが所有権を有することを争い、Y₁は第二の不動産につきXが所有権を有することを争っている。以上のような事実関係のもとにおいて、Xは、Y₂に対しXが第一の不動産につき所有権を有し、Y₁に対しXが第二の不動産につき所有権を有することの確認を求め、ABY₁Y₂に対し、その各自のための所有権移転登記の抹消登記手続を求める代りに、登記簿上の最終の所有名義人であるY₂に対し第一の不動産につきXへの所有権移転登記手続、Y₁に対し第二の不動産につきXへの所有権移転登記手続を求め、Y₂に対し第一の不動産の(三)の建物から退去してXに明け渡すことを求める。

第一審は、Xの請求を全部認容した。Y₁Y₂は控訴し、Xは訴外Aから頼まれて第一、第二の不動産につき売買予約を締結したように仮装し、これを原因とする所有権移転請求権保全の仮登記をしたものであり、右仮登記に基づく本登記は仮登記の自然的発展であるから、AがXの印鑑を偽造して仮登記に基づく本登記手続をしたとしても、仮登記

自体の無効をもって善意のYらに対抗し得ず、したがってまた右本登記の無効をYらに対し主張し得ないものといわなければならない。Xは右仮装の仮登記をしてから昭和三六年一月頃まで本件各不動産につき登記簿上における所有名義等の異動も、その現状もなんら調査していなかったものであるから、管理につき重大な過失があり、また、Aに本件第一、第二の不動産を横領されたとしても、この責任は通謀による売買予約をして、その登記までもしたXにあり、Yらはその点につき全く善意無過失で本件各不動産を買い受けて占有しているものであるから、法律上充分に保護されるべきである。この場合、XがYらに対し本件第一、第二の不動産につき所有権の主張をなすのは民法一条の公共の福祉にそわないものとして排斥されるべきであり、Xの請求は権利の濫用であって許されないと争った。第二審裁判所は、仮登記に基づく本登記は、売買予約完結の意思表示をしたうえ、原則として双方申請によりなすべきものであるから、右本登記は仮登記の自然的発展ということとはできないし、売買予約の仮登記が通謀虚偽によるものではなく真実のものであっても、売買予約完結の意思表示をせず、本登記を了した場合には、所有権の帰属には変動がないので、登記簿の記載に公信用を認めていない我が国の法律のもとでは、その後当該不動産を買い受けた者は、その所有権を取得する余地はないものであるところ、本件においては売買予約完結の意思表示がなされたとは認められず、また仮登記が通謀虚偽によるものであるとの理由で、真実の意思に基づく場合以上に第三者を保護すべき必要はないと判断し、Y₁の控訴を棄却し、Y₂の控訴につき、留置権の抗弁を容れ、一審判決を変更し、Y₂はXから金一九五、四七〇円の支払を受けるのと引換えに、Xに対し第一の不動産の(三)の建物を明け渡せ、Y₂の右明渡に関するその余の請求を棄却する、Y₂のその余の控訴を棄却すると判決した。

右第二審判決に対しY₁Y₂は上告し、その上告理由として、XからAに対する本登記がXの意思に基づかないものであったとしても、仮登記が売買予約を登記原因としており、仮登記の目的はAの資金獲得の便宜上仮登記でAの所有名義にするというのであるから、Aの名義になった不動産が金策のために利用されることは、Xも承知のことであり、仮登記を本登記にしたAの行為は、XとAの通謀による虚偽の仮登記の延長であり、仮登記と密接不離の關係にあったものである。ところで、Yらの本件第一、第二の不動産の所有権取得については、全く善意で、責むべき点はないのに、本件第一、第二の不動産がABついでYらの所有になったについては、前記のようなXに重大な過失があるから、かりに本件不動産の所有権がXにあるとしても、XがYらに対し、所有権を行使して、建物収去土地明渡を求めることは、民法一条に抵触し、許されない。しかるに、原判決がYらのこの主張を排斥したのは、重大な事実誤認か、法律の解釈適用を誤った違法があると主張した。これに対し、最高裁は、「原審の認定したところによれば、本件第一、第二の不動産はXの所有であったところ、Xは、昭和三〇年一月一日訴外津軽第一物産株式会社の代表取締役である訴外Aから、個人名義の財産をもっていないと取引先の信用を得られないから、右第一、第二の不動産の所有名義だけでも貸して欲しい旨申し込まれ、同訴外Aと合意のうえ、右不動産につき売買予約をしたと仮装し、Aのため所有権移転請求権保全の仮登記手続をしたところ、Aは真正に成立したものでない委任状によって、右不動産につき、ほしのままに自己に対し所有権取得の本登記手続を経由したものである。思うに、不動産について売買の予約がされていないのかかわらず、相通じて、その予約を仮装して所有権移転請求権保全の仮登記手続をした場合、外観上の仮登記権利者がこのような仮登記があるのを奇貨として、ほしのままに売買を原因とする所有権移転の本登記手

続をしたとしても、この外観上の仮登記義務者は、その本登記の無効をもって善意無過失の第三者に対抗できないと解すべきである。けだし、このような場合、仮登記の外観を仮装した者がその外観に基づいてされた本登記を信頼した善意無過失の第三者に対して、責に任ずべきことは、民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請といふべきだからである。今叙上の見地に立つて本件を見るに、原審の認定したところによれば、前示のごとくAがほしいままに仮登記に基づく本登記をなした後、本件第一、第二の不動産は登記簿上、AよりBを経てY₁に、さらに本件第二の不動産はY₁よりY₂に移転しているという以上、原審はすべからずY₁らは本件不動産の取得につき善意無過失であったかどうか、すなわち、Xは本件の本登記の無効を以てY₁らに対抗できるかどうかについて、審理すべきであったのである。しかるに、原審は何等この点について判示するところがないのは審理不尽の非難を免れない。」と判示し、原判決を破棄し差戻した。

右に掲げた(1)ないし(4)の判決とは全く事案を異にするが、それでもなお根本的考え方を共通にし、登記に対する信頼性を強調するものがある。それは、抵当権者から抵当権設定登記の抹消登記手続の委任を受けた司法書士が誤って委任された以外の物件についても抵当権設定登記の抹消登記手続の申請をし、その申請どおりの抹消がされた場合、誤って申請されたため抹消された抵当権の対抗力が消滅するかに関する。次の判例はこれに関する。

(三) 取引の安全保護を理由とするもの

(5) 最高昭和四二・九・一第二小法廷判決、民集二一巻七号一七五五頁

本事件の概要は、X（原告・被控訴人・被上告人）は昭和三六年一〇月一日訴外Aに対し金五〇万円を貸し、この債権を確保するため同月一三日付をもって同人所有の本件不動産（宅地・建物）および山林について順位二番の抵当権設定登記が経由された。ところで、本件不動産および山林については、Aの某信用金庫からの借金のために一番抵当権が設定されていたが、X、信用金庫およびA間で、右共同担保物件たる山林について任意売却のうえ、その売却代金から信用金庫およびXが弁済を受ける合意が成立し、この合意に基づいて山林は売却され、信用金庫およびXはそれぞれ一部弁済を受けた。そのため、信用金庫およびXは右山林の抵当権設定登記を抹消することとし、司法書士に右登記の抹消を依頼し、借用証書（登記済証）、弁済証書、委任状等抹消に必要な関係書類を交付した。ところが、委任を受けた司法書士はXからの委任事項を間違え、山林のみならず本件不動産全部について二番抵当権の抹消登記手続を頼まれたものと勘違いし、山林および本件不動産についてXの二番抵当権の抹消登記申請をし、その結果、本件不動産についてもXの二番抵当権の設定登記が抹消されるにいった。その後、Y（被告・控訴人・上告人）はAに対する債権について債権極度額を五〇万円とする順位二番の根抵当権設定登記を本件不動産に関して経由し、抵当権の実行のため、競売を申し立てた、この競売において、Yが、一〇〇万円で競落し、該金員を債権者に配当するため配当表が作成されたが、それによれば、競売費用を除き、信用金庫が一番抵当権者として債権全額、Yが二番抵当権者として債権額の四〇パーセント、Xは配当要求債権者として、配当順位はYの次で、配当額ゼロとされた。そこで、Xは配当表に対する異議を申し立て、Xの本件不動産についての二番抵当権は過誤によって抹消されたもので、その抹消は実体関係に則しない無効のものであるから、Xは依然として二番抵当権者である。したがって、Yの抵当権は

順位二番ではなく、三番であるから、配当表を右にしたがって更正せよとの判決を求めた。

第一審裁判所は、「本件物件に対するXの抵当権の抹消登記は、Xに何等の過失もなく、司法書士が委託の趣旨にそむき錯誤に基づきなしたもので無効……実体上その抹消原因がないのに第三者が不法に其の抹消登記手続をしたものであること明らかであるから、公信力のない右抹消登記は法律上その効力を生ずるに由なく、Xは右抹消登記のなされた後においても依然本件物件に対する第二順位の自己の抵当権をもって後順位抵当権者たるYに対抗し得るものというべきである。」と判示し、Xの請求を認容した。

第二審裁判所は、「Xは山林については抹消登記の意思を有していたが、本件物件について抹消登記の意思はなく、また抹消登記の原因たる物権変動も存在しなかったことが明白であるから、公示行為たる抹消登記のみが誤って実現せられても、右登記は登記原因を欠く点において明らかに無効であり、物権変動公示の効力を有しない。」と判示し、Yの控訴を棄却した。

右第二審判に対しYは上告し、その上告理由として、「一旦正当に登記され、対抗力を生じた物権変動と雖も、後日抹消登記され時には、その理由の如何を問わず、公示の方法を失った事により、その対抗力を失うものである。然らずんば、第三者は絶えず不測の損害にさらされ、取引の安全を著るしく害する事になる。原判決は、民法一九九条の解釈を誤ったものであり、Xはその抹消登記された抵当権を以てYに対抗する事は出来ないものである。従って、Xの本件抵当債権はYの抵当債権より配当順位が遅れるのは当然である。」と主張した。これに対し、最高裁は、「登記が初めから全然ない場合と、一旦正当にされた登記のちに抹消された場合とでは、第三者対抗力の点において区

別して考うべきである（大正二年七月七日大審院判決・民集二卷四四八頁参照）。しかし、本件においては、登記権利者であるXが委任した司法書士の錯誤による申請によって、登記が抹消されたのであって、登記官吏の過誤によって抹消された場合や、登記権利者以外の者が擅にした申請によって抹消された場合と同一に論じるのは相当ではない。ただし、後者の二つの場合には登記権利者に關係なく不法に抹消されたのであるが、本件においては、登記権利者がみずから委任した司法書士の申請によって抹消されたのであるから、他の二つの場合と同視することはできないからである。そして、本件のごとく登記権利者の代理人の申請によって登記が抹消された場合には、たとえ代理人に錯誤があったとしても、取引の安全保護のために、第三者対抗力を喪失すると解すべきである（昭和十五年六月二十九日大審院判決・民集一九卷一一八頁参照）。と判示し、抹消されたXの抵当權設定登記になお第三者対抗力あることを前掲としてXの請求を認容した一、二審判決には、民法一七七条の解釈を誤った違法があるとして、二審判決を破棄し、一審判決を取り消して、Xの請求を棄却した。

四 その他

偽造文書によって登記がされた場合でも、その登記の記載が実体的法律關係に符合し、かつ、登記義務者において登記申請を拒むことができる特段の事情がなく、登記権利者において当該登記申請が適法であると信ずるにつき正当の事由があるときは、登記義務者は右登記の無効を主張することができないというもの（最高昭和四一・一一・一八第二小法廷判決、民集二〇卷九号一八二七頁）、不動産の所有權が順次甲乙丙と譲渡された場合において、甲が乙に対し

所有権移転登記をする意思で、登記申請書類を交付していたときは、丙が右書類を利用して甲から丙に直接所有権移転登記をしても、該登記は無効となるものではないというもの（最高昭和四二・六・六第三小法廷判決、判例時報四八九号四八頁）、無権代理人の偽造文書による申請に基づいて登記がされた場合においても、本人が右登記の原因たる法律行為を追認して、その登記の記載が実体的法律関係に符合したときには、本人は、右登記の無効を主張してその抹消登記手続を請求することは許されないというもの（最高昭和四二・一〇・二七第二小法廷判決、民集二二巻八号二二六頁）は、登記の有効要件としての手続的要件を嚴格に解するかぎり、いずれもその登記の効力が問題になりうる場合であると思われる。それにもかかわらず、判例が右のいずれの場合においても、登記を有効とし、その登記に信頼をおいてこれと取引をした第三者を保護しようとの姿勢を示しているのは、登記の本質ないし登記が不動産取引において占める役割に注目し、大所高所から判断しているものであると思う。その意味でこれらの判例も登記の外観尊重に根ざす判例であり、それぞれ全く事案を異にするが、前記(1)ないし(5)の判例と共通する理念をもっているといえると思う。

二 判例の検討

右(1)ないし(5)の判例の個々の内容については既にそれぞれ詳細な検討がなされている。ことに(1)については、柚木・民商三三巻一号三〇頁、(2)については、星野・法協八一巻五号六〇二頁、舟橋・民商四八巻六号九二八頁、金山

・同志社法学八三号八〇頁、(3)については、高津・法協八四卷二号三二八頁、於保・民商五五卷四号六五九頁、(4)については、川村・民商六〇卷六号九一一頁、金山・法律時報四一卷八号一三二頁、(5)については、川村・民商五八卷三号四三一頁、林・判例評論一〇九号一一一頁、乾・法律時報四〇卷一一号一一六頁等がある。個々の判例の問題点をここで検討するのが目的ではないので、それらの問題については、右判例批評に譲り、判例の流れないし考え方について検討することにする。

右(1)においては、不動産を買い受けたXがY₁にその所有権を移転する意思がないにもかかわらず前所有者からY₁名義に所有権移転を受けることを承認した場合であり、(2)においては、Bを代理人として不動産を買い受けたXがBに所有権を移転する意思がないにもかかわらず、たまたま売買契約書に買主名義がBになっていたので、Bをして前所有者に対して訴を起こさせてBに所有権移転登記を受けさせた場合であり、(3)においては、金融公庫から建築資金の融資を受けるためXがその建築所有にかかる建物の所有権保存登記をY₁名義でしたという場合であり、そして、いずれの場合も、右Y₁またはBもしくはそれらから所有権を取得した者から善意で不動産の所有権を取得した第三者の権利が問題になったのである。右のいずれの場合においても、それぞれ事情の相違はあれ、自己の所有不動産を他人名義にしたことについてはXの意思に基づいているのであるから、善意の第三者の保護によってXが損失を受けても、それはXの責任ある行為に原因するのであって、やむを得ないものといわなければならない。我国の登記には公信力がないので、登記の記載をそのまま信じて取引関係に入っても当然には保護されることはないが、右のように、理由はともあれ、真実と違う登記を作出させた者はその登記が真実と違うことを主張して救済を求めることができないものというべき

であろう。それは禁反言の法理または信義誠実の原則に基づくものといえよう。登記は不動産取引において對抗要件にすぎないといっても、それが今日果している役割、登記制度の目的からみて、右の結論は一般に支持されるものと考え（高津・前掲三三〇頁）。ところで、右(1)ないし(3)の場合には、XはY₁またはBが不動産の所有者であるという外形を作出し、第三者はその外形そのものに応じた内容が存在するものと信じて不動産を取得したのであるから、あえて禁反言の法理ないし信義誠実の原則を持ち出さなくとも、それを基礎にもつといわれる民法九四条二項の適用（柚木・前掲三三頁）ないし類推適用で十分なのである。しかし、(4)の場合は、XはAに対し売買予約上の地位を与え、所有権移転請求権保全の仮登記を許しただけなのである。それ以上に発展しAが所有者である外形を登記上作出したのはAが勝手にしたのである。Xが第三者に対してAが売買予約上の地位を有することないし所有権移転請求権保全の仮登記権利者であることを認めざるを得ないとの結果は民法九四条二項から出てくるとして、それ以上にAが勝手にしたAが所有者であるとの結果までも認めなければならないとは民法九四条二項からは無理であろう。そしてまた、登記申請行為自体には表理代理に関する民法の規定は適用されないというのが判例の見解である（最高昭和四一・一一・一八第二小法廷判決、民集二〇巻九号一八二七頁）から、民法一一〇条の表見代理によつてXの責任を問うことも無理である。ところで、民法一〇九条および一一〇条の規定の基礎をなしているのは禁反言および信義則の法理であるといわれるので、他人に自己の物に対する権利の徴表を与えた者は、その表示行為をした責任として、その他人が右の権利を有しないことを善意無過失の第三者に対し主張しうべきでないことは、民法一〇九条および民法九四条二項の規定の趣旨から明らかといえよう。更に、右のように他人に自己の物に対する権利の徴表を与えた者は、その

他人がその権利に基づいてなした法律行為の無効を善意無過失の第三者に対し主張しうべきでないことは、民法一〇条および九四条二項の規定の趣旨から明らかといえよう。そして、右権利に基づいてなされる法律行為自体も真実は無効な場合であっても、それが有効であると信頼するに足りる客観的事情が存するかぎり、同様に解すべきである。なんとなれば、民法一一〇条、九四条二項の法意が表見的事実に対する第三者の信頼の保護に存する以上、右法律行為がそれ自身有効なりや否やは問題とすべきでなく、第三者がかかる法律行為に対してその有効であることを信頼するに足りるだけの客観的事情が存するや否やが同条適用についての標準と考えられるべきだからである（吾妻・判民昭和六年度四八事件二〇二頁）。そして、民法九四条二項の場合は、自分で外形を作った者が外形のとりの責任を負うべき場合だから無過失を要しないといわれる（我妻・民法講義Ⅰ二九二頁）が、禁反言ないし信義誠実の原則においては、外観に善意無過失で信頼した場合でなければ保護されないもので、これらの原則の適用される場合には外形を信頼した相手方の無過失が要求されるのである（喜多・「レヒッシャイン法理の課題」商学研究二卷三号四一八頁）。このようにして、右(4)の場合には、「仮登記の外観を仮装した者がその外観に基づいてされた本登記を信頼した善意無過失の第三者に対して、責に任ずべきことは、民法九四条二項、同法一一〇条の法意に照らし、外観尊重および取引保護の要請といふべきだからである。」と述べ、Xの責を負うべき根拠を外観理論および信義則におき、そして外形を信頼した第三者の無過失を要求しているのである。

これを要するに、最高裁判例は、具体的事件毎に民法九四条二項の類推適用により登記という外形を作り出した者に責任を負わせることにより善意の第三者を保護し、更にすすんで、右登記の外形を作り出した者の責任を、その外

形から發展の予想される相当範圍内の外形（登記）にまでも拡大し、善意無過失の第三者を保護するに至つたのである。その場合、その發展した外形については、いかなる条件のもとにいかなる範圍につき責を負わなければならないか等仔細な点については、今後の判例の發展に待たなければならないが、判例は一貫して、登記の今日の不動産取引において果している役割およびその制度の目的に徴し、それに対する信頼性を維持しようとしているものといえよう。前記(5)においては、Xが抹消登記手続を委任した司法書士が、委任を受けた山林のみならず宅地建物の抵当権設定登記の抹消登記手続までも委任されたものと誤解してその抹消登記手続をしたものであり、取引の安全保護を理由に右抹消にかかる宅地建物の抵当権の対抗力を否定したものであり、このケースは右(1)ないし(4)とは根本的に事案の性質を異にし、Xが責任を負うべきであるとされた理くつも異なっている。しかし、民法九四条二項の趣旨は表示行為の外形に信頼した第三者の利益を保護しようとするにあり、禁反言の原則ないし信義則のあらわれであるといわれ（たとえば、我妻・前掲二四三頁）、民法一一〇条の表見代理も同様に禁反言の原則ないし信義則の場合であるといわれる（伊沢・表示行為の公定力一五一頁、高津・前掲三三三頁）。そして、外觀主義理論はその根底に禁反言ないし信義則をもつて取引の安全に奉任するためのものであるといわれる（伊沢・前掲六頁）。このように見てくると、(1)ないし(4)が民法九四条二項ないしその延長線上の事案として同条ないしそれに加うるに民法一一〇条によって第三者の保護される事案であるのに、(5)は民法九四条二項の類推適用される事案ではない。しかし、誤って抵当権の抹消登記手続がされるについては、Xの委任した司法書士の申請によるものであり、その限りで広い意味では右抹消登記にXの責任があるといえるわけで、第三者が保護されるべきであるといふことは、右のような事案の性質的相違にもかかわらず、

外観主義理論ないし取引安全の保護の見地からは認でき、登記の信頼性の維持という点においてなお(5)は(1)ないし(4)と共通し、根本的考え方を同一にしているといえよう。

三 今後の問題

民法九四条二項の類推適用の延長線上において第三者が保護されるためには、いかなる条件のもとにいかなる範囲につき表示行為者（本登記あるいは仮登記を許した者）は責を負わなければならないか等の仔細については、その理論的緻密化をも含めて問題のあることは前述した。そこで、ここでは、今後の判例にあらわれそうなケースを想定し、ほんの一応の理論的解決を試みようと思う。

(1) 先ず、右(1)ないし(3)においては、XがY₁ないしBの承諾のもとにその所有の不動産をY₁ないしBの名義にした場合である。しかし、世間にはXが他人の承諾を得ないまま自分の子であるとか妻であるとかその他身近の者の名義を借用する場合がある。名義人とXとの間に全く通謀がないのである。ところが、後に名義人になっている者がたまたまこのことを知り、自分の名義をよいことに第三者にその不動産を売却する例も少なくない。この場合につき、民法九四条二項を類推適用することは通謀がないことから困難のように思う。民法九三条の類推適用でまかなうべきではないか。けだしこの場合にも、他人名義にしたことは直ちに意思表示とはいえないが、意思表示の外形を作りだしという点において同条を類推適用することは無理ではないと思われるからである。そして、民法九三条の趣旨も一

般に外観主義理論、信義則、取引の安全にあることは通説であるから、民法九四条二項についていえたことは、この場合も全く同様にあてはまる（於保・民商五五卷四号六五九頁もこのような結論を認める）。

(d) 次に、XがAに正規の金融機関から融資を得られるようその斡旋を依頼し、その融資手続の都合上X所有の不動産をA名義に移転することを承諾し、右融資がAの力で得られないときは直ちにAは右名義をXに返還する約束がされた場合において、Aは自分の力で融資を受けることが不可能になったので、事情を話してBに融資の斡旋方を依頼したところ、登記済証、登記手続委任状、印鑑証明書を要求され、Bに右書類を交付したら、Bが勝手に自己名義に所有権移転登記をしたうえ、善意無過失のYに不動産を売却したようなときは、Yはいかなる理論で救済されるか。この場合には、BはAが登記名義を有するが所有者でないことにつき悪意者であるから、X・Aの間に民法九四条二項を類推適用してYを救済することはできない。もしも、A・Bの右のしぐさについてXが共謀し、そうでなくとも最小限Bの行為をやむをえないものとして承諾していたとすれば、A・Bを一体としてXとA・B間（Xがその所有名義をAについてB名義にしたとして）に民法九四条二項を類推適用して、Yを救済することができよう。しかし、B名義になることについてはXの承諾はなかったのである。そこで、このような場合については、前記判例(4)と同様に考え、民法九四条二項、一一〇条の法意により、外観理論と取引保護の理論によるべきものと考ええる。この場合Aが権限外の行為をし、その結果B名義が作りだされたのであり、これは恰も(4)において仮登記のみを許されたAが権限外の行為をして本登記を作りだした場合に酷似する。また、前記(5)において山林の抵当権設定登記の抹消登記手続のみを委任された司法書士が土地建物の抵当権設定登記の抹消登記手続をしてその抹消登記をした場合にも酷似する。民法九四

条二項の適用ないし類推適用される場合には、民法九四条二項にいう第三者とは、「虚偽表示の当事者およびその包括承継人（例えば相続人）以外の者であつて、虚偽表示の外形について新らたな利害關係を作った者」（我妻・前掲二九一頁）、「虚偽ノ意思表示ヲ真実ナリト信ジ之ニ信賴シテ其ノ意思表示ノ効果ニ付利害關係ノ当事者トナリタル第三者」（大判昭和二〇・一一・二六、民集二四卷三号二二〇頁）等といわれる。そして、いったん不動産が善意の第三者の手に入った以上、その第三者から更に譲り受けた悪意の転得者といえども無効を對抗されない（通説、たとえば、我妻・前掲二九二頁、四宮・民法演習総則二二二頁、金山・法律時報四一巻八号一三四頁、川村・民商六〇巻六号九一七頁等）。そうでないと、有効と無効とが無限にくりかえされ、取引安全のために善意者を保護した民法九四条二項の趣旨に反することになるから、いったん善意者が介入すれば、悪意の承継人といえどもその地位を承継するとされるのである（大判大正三・七・九、刑集二〇輯一四七五頁、大判昭和一〇・五・三一、民集一四卷一二二〇頁、なお最高昭和三五・一二・二七第一小法廷判決、民集一四卷一四号二三四頁、最高昭和三七・五・一第三小法廷判決、民集一六卷五号一〇二三頁参照）（この点から金山、川村各前掲書は前記(4)の判例につきAから所有権を取得したBが善意無過失であるかぎりYらの善意無過失は問題にならないとする。理くつはそのとおりであるが、かりにBが善意有過失であつても、外観主義理論の適用の場合には、Yらが善意無過失であれば保護されるというのが通説であるから、このような見解のもとになされたと思われる(4)の判例は筋がとおらないものではなく、実際の訴訟においてはBの善意無過失を立証するよりも、Yらが自分の善意無過失を立証する方がはるかに容易なことも見逃しえない。そして、このような(4)の判例の見解は、右大判大正三・七・九、大判昭和二〇・五・三一、最高昭和三五・一二・二七、最高昭和三七・五・一各判決に抵触するものではないと考えられる。）。しかし、右に掲げた(4)の事例の場合には、

AとBとは悪意であるから、善意者の介在の問題を生ぜず、Yの善意無過失のみが問題のきめ手になる。

(ハ) 最後に少々複雑な場合を想定しよう。Aが土地を所有していたが、該土地はAからBを経てXと順次譲渡され、Xは昭和四四年四月一日所有権取得の本登記を経由した。ところで、右土地にはAがYから一〇万円借りたとして、昭和四一年五月一二日付をもって抵当権設定登記および該金員の不払を停止条件とする代物弁済契約をする所有権移転請求権保全の仮登記がなされているが、AはYと右停止条件付代物弁済契約をしたことはなく、右仮登記はAの知らない間に勝手にされたものであって無効である。そして、Xは右一〇万円のAの債務については弁済供託したと主張して、XがYに対し、右抵当権設定登記および仮登記の抹消登記手続を求めた場合において、真実は、Yが昭和四一年五月一二日付をもって代金一〇万円をAから右土地を買い受ける契約をし、同月末日までに右金員の支払を終つて、右土地の所有権を取得したものであり、Yは昭和四一年五月一二日司法書士に右売買契約によるYの権利を保全するため仮登記手続を委任していたところ、司法書士が委任を受けた趣旨を誤解してX主張のような抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記がなされたものであったが、Xはこの点につき善意無過失で、登記の記載を信頼して所有権を取得したものであるとしたら、抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記の抹消登記手続を求めるXの右請求は認められるであろうか。問題は登記の外観理論と抵当権に併用された停止条件付代物弁済契約の効力に関する。貸金債権担保のため、不動産に抵当権設定と停止条件付代物弁済契約とが併用されているときには、特別の事情のないかぎり、右の契約は、債務者が弁済期に債務の弁済をしないときに、債権者が右不動産を換価処分して、これによって得た金員から債権の優先弁済を受けうるにすぎなく、右不動産が債務者の所有物として差し押え

られたときは、債権者は、差押前に所有権移転請求権保全の仮登記を経由していても、差押債権者に対して該仮登記の本登記手続をするについての承諾を求め、その執行を全面的に排除することは許されないというのが判例であり（最高昭和四二・一一・一六第一小法廷判決、民集二巻九号二四三〇頁）、この判例の見解は学者によっても一般に支持されているので、右の事例においてYの有する権利がもしも真実抵当権および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権であるとすれば、YにXの弁済供託によりXに対し抵当債権を有しないことになり、したがって、Yは抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記を抹消しなければならない筈である。ところで、Yは、登記の記載上は抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記を有する権利者であるが、真実はAから所有権を取得した所有者であり、その所有権の保全のために仮登記手続をすべきことを委任された司法書士が、誤って、右のように抵当権設定登記および停止条件付代物弁済契約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記手続をしたのである。しかし、この場合においても、前記(5)の判例の場合と同様に、Yの委任した司法書士の過誤ある申請によって右のような抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記がされたものである以上、Yは善意無過失のXに対し、右登記が真実に相違し、Yは仮登記を経た所有者であり、抵当権者ないし停止条件付代物弁済契約上の権利者ではないといえないのであり、したがって、Xはその弁済供託後は、Yに対し、その抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記の抹消を求めうるものと解すべきではないかと考える。登記に信頼をおき不動産を取得したXを保護すべき必要のあることは、前記(1)ないし(3)、(5)の場合と同様であり、この事案はいわば(1)ないし(3)、(5)の延長線上にあるケースであるといえよう。

これを要するに、真実の権利関係と登記の表示とがくい違っている場合に、登記を信頼した者がいかなる程度まで保護されるかは、我が国の登記に公信力がないため、困難な問題とされているが、前記(1)ないし(5)はこの困難な問題解決のためのいとぐちとなるものであり、今後右に想定したような事案について判例の発展を期待する。それが登記の信頼を助長し、不動産取引における静的安全と動的安全の調和をはかり、ひいて取引を円滑化する所以であると信ずる。

(本学兼任講師)